



Analysis of contractual securities from the perspective economic law

O, Mohammadinia¹, A, Saatchi²

1-Assistant Professor of Law Department of Valiasr University of Rafsanjan, Rafsanjan, Iran

2-Assistant Professor of Department of private law, Faculty of law and political sciences, Ferdowsi university of Mashhad, Mashhad, Iran.

*- Corresponding Author Email: alisaatchi@um.ac.ir

<https://orcid.org/000-0001-5407-6017>

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.80689.1247>

Received: 13 March 2023	How to cite this article: . Mohammadinia, O, Saatchi, A. Analysis of contractual securities from the perspective economic law. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 12(4): 453-466. (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.80689.1247
Revised: 05 June 2023	
Accepted: 23 August 2023	
Available Online: 23 August 2023	

1-Introduction

In the contractual field, one of the most important and even the most important issues is the implementation of obligations by the parties, and it has always been considered as one of the concerns of the parties to the contract. Also, from the economic point of view, contract is an institution in which exchanges are realized and the economic system is based on it. Therefore, if the contract is excluded from economic exchanges, many of the legal concepts will be nullified. The contract execution guarantee is also the most important function that brings to the parties "confidence in the execution of the contract". Therefore, the mutual commitment of the parties of the contractual relationship is important because it gives them hope for the execution of the contract and based on the trust they have in it and the other acts organize themselves. In fact, the purpose of concluding a contract is not merely to fulfill it abroad, but to fulfill the obligation resulting from it and to reach the obligee in exchange that is stipulated in the contract

Against this background,, the obligation of a contract that does not take effect is equal to its non-existence, and the conclusion of the contract; It is only a prelude to reach the final goal. Therefore, the most technical and most important part of a contract is the implementation guarantee.

in other words; Although the execution of the contract at the moment of signing the contract is desired by the parties; But there is always the possibility of breaking the promise. The desire to be opportunistic and gain more profit, changing conditions and circumstances during the execution of the contract, lack of sufficient information about the credibility of the contracting party and the subject of the contract, and the obligee's negligence in implementing the provisions of the contract are the reasons behind possibility of breach of covenant assumed in any contractual relationship. For this reason, the contract institution needs an efficient and coordinated system that, firstly, reduces the possibility of breach of contract and strengthens trust in contract implementation, and secondly, in case of breach of contract, by providing a suitable tool to achieve the expected conditions of contract implementation. To fulfill the purpose of the obligee from concluding the contract, this important task in contract law is the responsibility of the performance guarantee institution for this purpose; The undertaker in many cases to fulfill contractual obligations; takes various guarantees; so that in light of it, it can achieve the maximum benefit, which is the full implementation of contractual obligations without holding on to the ruling powers. In this regard, various guarantees from the parties to the contract and in some cases; legislators have provided for the implementation of contractual obligations. For example, the provision of legal options creates this guarantee for the parties. If in certain cases, each of the buyer and the seller do not fulfill their obligations, the other party has the authority to terminate the current contract. In many cases; The provision of guarantees is such that the legislator prescribes the basis for the agreement of the parties regarding contractual guarantees and determines its limits. For example, Article 230 of the Civil Code has given the authority to the parties to the contract to set a deposit to guarantee the performance of the contractual obligations. In other cases, the legislator's guarantees are in the form of creating some guarantee obligations. For example, according to Article 2 of the Consumer Rights Protection Law approved in 1388, in cases where the seller delivers a defective product to the customer, there is an obligation to repair or replace the defective product.

2-Purpose

Basically, there are many legal and contractual guarantees, which can be included in the contract to a large extent to solve people's concerns about the breach of obligation. On this occasion, the present article with the aforementioned purpose, while examining the legal and economic aspects of various guarantees, is trying to make a proposal to include such items in the contract.

3-Methodology

In the current research, the analytical method has been used in such a way that the points of view in the issue have been explained in the related topics and then it has been studied from the point of view of legal and economic analysis.

4-Findings

The findings indicate that it is important that the guarantees in the contracts are divided according to the time to the execution of the contract and after that, and the first category includes the guarantees related to the non-fulfillment of the obligation and its delay, and in connection with the second guarantees, we can mention the guarantee and warranty. In terms of legal and economic analysis, the existence of all the mentioned items at the time of drafting the contract can be written in the contract. Although there may be various guarantees regarding the implementation of obligations, the existence of each of these depends on the bargaining power of the parties and also according to the legal ability of each of them to register the relevant conditions. Also, in principle, from the legal point of view, the combination of the mentioned guarantees does not face any obstacle; In this sense, in a contract, the condition of guaranteeing the non-performance of the obligation along with the delay of the obligation may be possible, with the stipulation that the sum between the guarantee related to the non-performance and the good performance of the obligation. However, regarding the possibility of combining guarantees related to guarantees and warranties, it should be mentioned that in cases where the guarantee is considered as a third-party guarantee, it will not cause much problem; But in cases where the warranty is in the concept of guaranteeing the performance of the seller, it is considered the same as the obligation to guarantee (warranty) in some cases, and in this case there is no legal problem for the seller to guarantee the performance of the seller in two respects. In other words, the seller may guarantee the performance of the seller in writing, and in some cases, the said guarantee may also appear in the form of a warranty. And the benefit of such an issue is when the buyer is deprived of the granted warranty for some reason; In this situation, the warranty can be very helpful.

5-Conclusion

This study had found that, there are various legal and contractual guarantees regarding the implementation of contractual obligations; that in some cases it is possible that the legal guarantees of the necessary efficiency are not applicable. In many cases, contractual guarantees can help the obligee in the implementation of the contractual obligation. Some contractual guarantees are related to the time of performance of the obligation and some of the cases are specific to the time of operation of the seller or the services provided. It should be noted that, in principle, there is a combination of contractual guarantees when the obligation is fulfilled, with the explanation that the guarantee of non-fulfillment of the obligation not only in some cases can be accompanied by the demand for the main obligation; Rather, from a legal point of view, such an obligation can be combined with the guarantee related to the delay in the implementation of the obligation and other contractual guarantees; But it was stated that the aforementioned guarantee cannot be combined with the guarantee of good fulfillment of obligations. Also, according to the definitions of guarantee and warranty, it seems that the obligation related to warranty (obligation to guarantee) is conceptually broader and more comprehensive than the obligation related to warranty. Because the obligation to guarantee firstly includes the property of the seller as well as its quality and function. While guarantee basically means the guarantee of collaterals and in some cases; It means to guarantee the performance of the seller. It was also stated that the sum of these two guarantees does not face legal obstacles in principle and can be a solution in many cases.

Also, from the point of view of economic analysis, we know that although contracts are created by the will of the parties, after they are created, they act as an economic tool to regulate the market, and the economic security of an economic system depends on their implementation. He considered the best arbitrator to determine his preferences, which is to seek profit from the fulfillment of the obligation in concluding each contract. Therefore, since in the rare situation there is a possibility of violation in every obligation, the contractual game requires that solutions such as warranty and guarantee in goods transactions with increased costs due to faulty or incomplete

implementation of the contract will push the obligee towards the fulfillment of the promise. The obligation of the obligee to fulfill the same obligation and the possibility of receiving damages due to the breach of the covenant; which by recognizing the obligee's will in determining the performance guarantee in monetary debt and otherwise, provides the possibility of drawing his expected situation; Soda removes the breach of promise from the obligee's mind and finally provides social welfare by creating a safe trading situation.

Keywords: Contractual securities, performance bonds, guarantee, Warranty, Economical analysis

مقاله پژوهشی

جلد ۳۰، شماره ۲۳، تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۴۶-۱۳۳

تحلیل تضمین‌های قراردادی از منظر حقوق اقتصادی

امید محمدی نیا^۱ - علی ساعتچی^۲

دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۱

چکیده

تضمینات قراردادی مناسب‌ترین ابزار در جهت مقابله با تخلف طرف مقابل از انجام تعهدات قراردادی است. به همین منظور، دریافت‌کنندگان کالا و خدمات به دنبال تضمینات قراردادی مناسب در این زمینه هستند. موضوعی که بر پایه مؤلفه‌های تحلیل اقتصادی چون عقلانیت ابزاری مبتنی بر ترجیحات، حداکثر سازی مطلوبیت، تئوری بازی‌ها و کارایی فنی و تخصصی بخش جداناپذیر رفتار کارگزار اقتصادی در محیط بازار است. در یک بررسی کلی، تضمینات موجود در قرارداد به تضمینات ناظر به اجرای تعهد و تضمینات مربوط به زمان پس از اجرای تعهد تقسیم می‌شود. تضمین مربوط به زمان اجرای تعهد؛ بیشتر در قالب وجه التزام عدم اجرا و یا تأخیر تعهدات قراردادی و یا در قالب ضمانت اشخاص ثالث متجلی می‌گردد. همچنین تضمینات مربوط به کارکرد مبیع یا خدمات ارائه شده؛ شامل تضمین مربوط به گارانتی و وارانته است. پژوهش حاضر؛ ضمن مطالعه‌ی انواع تضمینات در قراردادها به این نتیجه دست یافته که اصولاً نه تنها از دیدگاه حقوقی، بلکه از منظر اقتصادی هرچه اراده متعهدله در گزینش و تعیین دامنه ضمانت اجرا تأثیر بیشتری داشته باشد و در لحظه انعقاد قرارداد متعهدله بتواند اراده خود و نه قانون را بر قرارداد حاکم کند؛ ضمانت اجراها به دلیل آن که توان تأمین ترجیحات را بیشتر دارند، از کارآمدی بیشتری برخوردار هستند. علاوه بر این در قراردادهای کالا محور تضمین گارانتی و وارانته بر اساس نظریه بازی‌ها بیشتر می‌تواند بازی همکارانه را محقق سازد. همچنین از دیدگاه حقوقی و اقتصادی جمع میان تضمینات مختلف قراردادی نه تنها امکان‌پذیر است؛ بلکه در برخی موارد، این موضوع، لازم و ضروری است.

کلیدواژه‌ها: تضمینات قراردادی، وجه التزام، گارانتی، وارانته، تحلیل اقتصادی.

مقدمه

کارکردی را که برای طرفین به ارمغان می‌آورد «اعتماد به اجرای قرارداد است (Stiven, 2004:14)؛ بنابراین تعهد متقابل طرفین رابطه قراردادی از این رو اهمیت دارد که آن‌ها را به اجرای قرارداد امیدوار می‌سازد و بر پایه اعتمادی که به اجرای قرارداد دارند؛ اعمال دیگر خود را ساماندهی می‌کنند. در حقیقت، هدف از انعقاد عقد، صرف تحقق آن در خارج نیست بلکه مقصود اصلی، اجرای تعهد ناشی از آن و رسیدن متعهدله به عوضی است که در ضمن عقد مقرر شده است. بر این مبنا، تعهد قراردادی که در بیرون جامه عمل نپوشد با عدم خویش مساوی است و انعقاد قرارداد؛ صرفاً مقدمه‌ای برای رسیدن به مقصود نهایی است. (Vahdati shobire, 2006:1) بر همین اساس، اصولاً فنی‌ترین و مهم‌ترین بخش از یک قرارداد، مباحث ضمانت اجرا می‌باشد.

به عبارت دیگر اگرچه اجرای قرارداد در لحظه انعقاد عقد، مطلوب طرفین است؛ اما همواره احتمال عهدشکنی و نقض عهد وجود دارد.

در حوزه قراردادی، یکی از مسائل مهم و حتی اصلی‌ترین موضوع، اجرای تعهدات از سوی طرفین قرارداد است و همواره به عنوان یکی از نگرانی‌ها و دغدغه طرفین قرارداد تلقی شده است. همچنین از دیدگاه اقتصادی قرارداد نهادی است که مبادلات در بستر آن تحقق یافته و نظام اقتصادی بر پایه آن پی‌ریزی می‌شود؛ به طوری که اگر قرارداد را از مبادلات اقتصادی کنار بگذارند بسیاری از مفاهیم این علم تهی می‌گردد. ضمانت اجرای قرارداد نیز مهم‌ترین

۱- استادیار گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه ولی عصر (عج)

رفسنجان

۲- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی

مشهد

(*) - نویسنده مسئول: alisaatchi@um.ac.ir (Email:)

(۱) و در گام دوم، تضمینات ناظر به پس از اجرای تعهد را بررسی می‌نماید. (۲)

۱- تضمینات ناظر به زمان اجرای قرارداد

تضمین اجرای تعهد ممکن است به دو صورت در قرارداد درج شود. در برخی موارد تضمین مربوطه در خصوص عدم اجرای تعهد است (۱-۱) و در پاره‌ای از موارد ناظر به تضمین مرتبط با تأخیر اجرای تعهد می‌باشد. (۱-۲)

۱-۱- تضمین مرتبط با عدم اجرای تعهد

در ارتباط با قراردادهایی که اصولاً مستلزم انجام کار به صورت مستمر و یا غیر مستمر است، متعهدله برای آن که اطمینان پیدا نماید که متعهد، اصل تعهد را انجام می‌دهد می‌تواند اقدام به اخذ برخی تضمینات قراردادی نماید. توضیح آن که مطابق این تضمین، پیش بینی می‌شود که اگر متعهد تعهد خود را در زمان تعیین شده انجام ندهد خسارت‌های مربوطه به صورت مقطوع تعیین گردد که این موضوع تحت عنوان شرط جزایی (Jafari langroudi, 1984:404) یا شرط وجه التزام و یا کیفری یاد می‌شود. (Ezanlou, 2011:68) در حقیقت، پیش بینی شرط مذکور در اکثر قریب به اتفاق قراردادها با هدف تضمین اجرای قرارداد بوده و تحصیل نوعی بیمه خصوصی به هزینه متعهد است (Abedi, 2013:73). از منظر اقتصادی این ضمانت اجرای قراردادی مبتنی بر عقلانیت بوده و نهادی است که کارایی لازم را دارد. یک کارگزار اقتصادی، با عقلانیت «هدف - وسیله» تصمیم گیری می‌کند به نحوی که برخی از صاحب نظران اعتقاد دارند «عقلانیت در اعمال فردی ظهور می‌یابد که برای رسیدن به هدف خود شیوه‌های سنجیده و حساب شده را به کار می‌گیرد» (planting, 1993:132). در دیدگاه اقتصادی نیز انسان اقتصادی ۱ انسانی عاقل است که در روابط خویش در پی حداکثر سازی نفع و مطلوبیت است (Dadgar, 2016:111) و چون در این مسیر بهترین قاضی ترجیحات خویش قلمداد می‌گردد (Pezhoyanet al, 2004:220) بیش از هر کس می‌تواند سود و زیان خویش را تشخیص دهد و خصلت خود محوری پیدا می‌کند. به همین جهت، میزان وجه التزام در لحظه انعقاد قرارداد بر اساس «قابلیت پیش بینی ضرر» تعیین می‌شود؛ بنابراین از آنجا که هیچ شخصی بهتر از متعهدله نمی‌تواند خسارت ناشی از عهدشکنی را در دارایی خویش محاسبه نماید، متعهد نیز می‌تواند مسئولیت خویش در صورت نقض عهد را ارزیابی کند و از این رو ابزار قراردادی از دریچه تحلیل اقتصادی ابزاری کارآمد محسوب می‌گردد.

میل به فرصت‌طلبی و کسب سود بیشتر، تغییر شرایط و اوضاع احوال در مسیر اجرای قرارداد، عدم اطلاعات کافی از اعتبار طرف قراردادی و موضوع عقد و سهل‌انگاری متعهد در اجرای مفاد پیمان دلایلی است که احتمال نقض عهد را در هر رابطه قراردادی مفروض نگه می‌دارد. به همین دلیل، نهاد قرارداد نیازمند سیستمی کارآمد و هماهنگ است که در درجه نخست احتمال نقض عهد را کاهش دهد و اعتماد به اجرای پیمان را تقویت سازد و در درجه دوم در صورت نقض عهد با در اختیار گذاردن ایزاری مناسب جهت نیل به شرایط انتظاری اجرای قرارداد؛ هدف متعهدله را از انعقاد قرارداد تأمین نماید. این وظیفه مهم در حقوق قراردادها به عهده نهاد ضمانت اجراست (Bayern, 2011:143). به همین منظور متعهدله در بسیاری از موارد برای اجرای تعهدات قراردادی؛ اقدام به اخذ تضمینات مختلف می‌نماید؛ تا در پرتو آن بتواند به حداکثر مطلوبیت که همانا اجرای کامل تعهدات قراردادی بدون تمسک به قوای حاکمه است، دست پیدا نماید. در این رابطه تضمینات مختلفی از سوی طرفین قرارداد و در برخی موارد قانون‌گذار در مورد اجرای تعهدات قراردادی پیش بینی شده است. به عنوان مثال، پیش بینی خیارات قانونی، این تضمین را برای طرفین ایجاد می‌کند که اگر در موارد معین، هر یک از خریدار و فروشنده به تعهدات خود عمل ننمایند، طرف دیگر این اختیار را داشته باشد که بتواند قرارداد حاضر را فسخ نماید. در پاره‌ای از موارد پیش بینی تضمینات به این صورت است که قانون‌گذار بستر توافق طرفین در خصوص تضمینات قراردادی را تجویز نموده و حدود آن را تعیین می‌نماید. به عنوان نمونه، ماده ۲۳۰ قانون مدنی این اختیار را به طرفین قرارداد داده است که برای تضمین اجرای تعهدات قراردادی، وجه التزام تعیین نمایند و در موارد دیگر، تضمینات قانون‌گذار در قالب ایجاد برخی از تعهدات تضمینی است. به عنوان نمونه، مطابق ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ در مواردی که فروشنده، کالای معیوب به مشتری تسلیم نماید این تعهد وجود دارد که کالای معیوب را تعمیر و یا تعویض نماید.

بنابراین همان گونه که ملاحظه می‌گردد سؤال مهمی که در تحقیق حاضر با آن مواجه هستیم آن است که آیا ضمانت اجراها در جهت اجرای تعهدات قراردادی از حیث حقوقی و اقتصادی مکفی است؟ در پاسخ به نظر می‌رسد تضمینات قانونی از حیث حقوقی و اقتصادی مطلوبیت کافی را نداشته و ضروری است طرفین قرارداد در خصوص تضمینات مزبور خود به توافق رسیده و حدود و ثغور آن را تعیین نمایند چراکه اولاً هر قراردادی شرایط مخصوص به خود را داشته و باید بر اساس آن اوضاع و احوال تصمیم‌گیری نمود و ثانیاً تضمینات قانونی در برخی موارد کاربرد مؤثر حقوقی لازم را نداشته و ضروری است از طریق ساختار قراردادی چنین تضمیناتی وارد توافق گردد. به همین منظور، پژوهش حاضر در گام نخست به تحلیل حقوقی و اقتصادی تضمینات ناظر به زمان اجرای قرارداد می‌پردازد

1- Economic Man.

2- Egocentrism.

damad, 2009:490) به این معنا که شروط مربوط به عدم اجرای تعهد چه به صورت کیفری توصیف گردد و یا به صورت جبران خسارت باید نافذ تلقی شود؛ اگرچه این امکان وجود دارد در برخی موارد استثنایی آن را باطل دانست.^۶

۱-۲- تضمین مرتبط با تأخیر اجرای تعهد

در مواردی که متعهد له قصد داشته باشد خسارات مربوط به تأخیر اجرای تعهد را مطالبه نماید لازم است که مفاد تراضی طرفین به صورت تعدد مطلوب باشد؛ به این معنا که قصد طرفین از اجرای تعهد به زمان مقرر تعلق نداشته و اجرای آن در زمان دیگر نیز امکان پذیر باشد. این موضوع در مقابل حالتی است که اجرای تعهد، به گونه وحدت مطلوب بوده است. (Efehani, 1997, V.5:222) بنابراین این نوع تضمین خسارت، در مواردی کاربرد دارد که اجرای تعهد برای متعهدله در زمانی غیر از موعد تعیین شده مفید باشد؛ در غیر این صورت به محض تخلف از اجرای تعهد در موعد مقرر، قرارداد منحل خواهد شد. (Safaei, 2006:208) با این حال، به نظر می‌رسد در اکثر قراردادهای با وجود تأخیر متعهد، اجرای تعهد برای متعهدله مطلوب بوده و او می‌تواند توانان خسارت تأخیر را به همراه اجرای تعهد از متعهد تقاضا نماید؛ بنابراین آن گونه که معمول است در زمان تدوین قرارداد، شرطی درج می‌شود با این عنوان که در ازای هر روز تأخیر، مبلغ مشخص از بابت تأخیر اجرای تعهد تعیین می‌گردد. با این حال، سؤال مهمی که در این رابطه مطرح می‌گردد در خصوص امکان درج شرط تأخیر تأدیه دیون پولی است که آیا وجود چنین تضمینی از سوی متعهدله، موجب ربوی شدن شرط و بطلان قرارداد خواهد شد؟ در پاسخ به این پرسش، اگرچه برخی از فقهای معاصر مخالفت خود را با چنین موضوعی اعلام (Lankarani, 306) و عده‌ای دیگر به صورت مشروط مورد پذیرش قرار داده‌اند (Makarem Shirazi, 2006:590) با این حال، وجود رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ قاعداً در نظام حقوقی ایران تردیدی در صحت چنین تضمینی در دیون پولی باقی نخواهد گذاشت.

اما از دیدگاه اقتصادی نیز چنین ضمانت اجرایی بر کارایی نهاد ضمانت اجرا می‌افزاید و حفظ قوام اجتماعی که هدف حقوق قراردادهای در زنجیره اتصال تولیدکننده، عرضه‌کننده و مصرف‌کننده است تسهیل می‌کند (Cambell, 2002:11) چراکه از منظر تحلیل اقتصادی هیچ کس جز خود متضرر نمی‌تواند ترجیحات خویش را در نظرآورده و میزان خسارت انتظاری خویش ناشی از نقض عهد را محاسبه نماید (Broussaeu, 2002:165). خصوصاً اینکه در تعهدات پولی آنچه

همچنین از منظر اقتصادی در یک بنگاه یا سیستم اقتصادی زمانی کارایی وجود دارد که هیچ‌گونه اتلاف منابع وجود نداشته باشد؛ بنابراین اگر تولیدکننده بتواند با کاهش هزینه‌های تولید به همین میزان تولید دست یابد وضعیت وی کارآمد نیست و در صورتی که در وضعیت موجود حداکثر تولید از منابع صورت گیرد بدون آنکه قرار باشد در مقادیر آن تغییری ایجاد گردد آن وضعیت کارا است. (Morris et al, 2014:280) به عبارت دیگر، از منابع موجود بهترین استفاده صورت پذیرد. (Dadgar, 2017:81) این موضوع در حوزه مصرف زمانی تحقق می‌یابد که مصرف‌کننده قیمتی که پرداخت می‌کند مساوی با رضایت مندی حاصل از مصرف کالا باشد یعنی برابری مطلوبیت نسبی و قیمت نسبی شرط کارایی تخصصی است بر همین اساس، اگر منفعت نهایی^۱ بیشتر از هزینه نهایی^۲ باشد از لحاظ اقتصادی ادامه کار بنگاه کارا است و در غیر این صورت بنگاه کارایی تخصصی نخواهد داشت. براین مبنا در حوزه حقوق قراردادهای فارغ از هزینه‌های معاملاتی، اراده نیز چون کالایی است که در راستای تولید یک نهاد قراردادی مصرف می‌گردد و زمانی مصرف مزبور کارایی دارد که بتواند مطلوبیت کارگزار را تأمین نماید. از آنجا که اشخاص، خود بهترین داور ترجیحات خویش محسوب می‌شوند رسمیت سازی به وجه التزام از جمله نهادهایی است که با اعتبار بخشیدن به خسارت انتظاری متعهدله در مرحله نقض قرارداد می‌تواند کارایی یک نظام حقوقی را افزایش دهد.

اما در این که ماهیت وجه التزام جبران خسارت است یا آن که خسارت تنبیهی تلقی می‌شود اختلاف است؛ چراکه در حالت دوم، متعهدله بدون توجه به خسارات واقعی، شرطی در قرارداد می‌نماید که بیشتر ضمانت اجرای تعهد اصلی است؛ تا آن که جبران خسارت قراردادی تلقی شود و در این حالت، در حقوق برخی از کشورها از جمله انگلیس، در مواردی که ماهیت وجه التزام جبران خسارت^۳ باشد چنین شروطی صحیح بوده و در مواردی که در قالب شرط کیفری^۴ باشند باطل خواهد بود (Max young, 2009:135- Stone, 2008: 630) و برخی از نویسندگان داخلی نیز بر این مبنا و تفکیک، درصدد اصلاح ماده ۲۳۰ قانون مدنی برآمدند. (Abedian, 2006:3) با این حال، به نظر می‌رسد پذیرش این موضوع، با توجه به صراحت ماده مذکور دشوار باشد (Katouzian, 2008:213-Mohaghegh)

1- Marginal Benefit.

2- Marginal.

3- Liquidated damages

4- Penalty clause

۵- در حقوق آمریکا نیز قانون‌گذار با پذیرش این نکته در ماده ۲۷۱۸-۲ قانون یک

نواخت تجاری به آن اشاره می‌کند

»A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.«

۶- به عنوان نمونه، اگر مطابق ماده ۴۲ قانون تجارت الکترونیک این گونه شرط را تحت عنوان شروط غیر منصفانه تلقی نمایم ممکن است قائل به بطلان چنین شرطی در نظام حقوقی ایران بود.

است در هنگام انعقاد قرارداد با شرکت، تضمینات موثری مورد توجه قرار بگیرد. از جمله آن که مدیران شرکت که دارای حق امضا از سوی شرکت هستند به صورت مجزا تعهدات شرکت را تضمین نمایند.

از منظر تحلیل اقتصادی افراد هنگامی که وارد یک رابطه قراردادی می‌شوند آن را با ابزار ضمانت اجرا، هدفمند می‌سازند و اگر اعتمادی به رابطه مزبور دارند به این دلیل است که می‌دانند «ضمانت اجراها» تأمین امنیت قراردادی آن‌ها را به عهده دارند. این ضمانت اجراها بر اساس قاعده حسابگری ذهنی نقش موثری در ترسیم کشش آن‌ها در طول حیات رابطه عقدی دارد؛ به‌طوری که بر اساس میزان و شدت ضمانت اجراها متعهد رفتار خود را به سمت اجرا یا نقض تعهد سوق می‌دهد (Kheshtandar, 2018:62)؛ بنابراین مشخص و معین بودن ضمانت اجرا لازم است؛ زیرا اگر ضمانت اجرای تعهد برای متعهد مشخص نباشد او نخواهد توانست به محاسبه ذهنی دست زند و بین نقض و اجرای تعهد یکی را برگزیند. به دیگر سخن، یکی از کارکردهای ضمانت اجرا، کنترل گری رفتار متعهد است به‌طوری که نهاد مزبور باید به صورتی طراحی گردد که علاوه بر خصلت جبرانی، ویژگی بازدارندگی از نقض عهد را داشته باشد و متعهد را به اجرای تعهد وا دارد؛ به همین منظور این ویژگی جز با تعیین ضمانت اجرا محقق نخواهد شد. براین اساس، با تعیین ضمانت اجرای اختیاری در قرارداد وضعیت گونه قراردادی به شیوه‌ای طراحی خواهد شد که متعهد با محاسبه هزینه - فایده نقض و در نظر داشتن حداکثر سازی نفع خویش به سمت اجرای قرارداد گام برداشته و این نهاد حقوقی برای طرفین سودمند باشد؛ امری که نهایتاً از منظر اقتصاد رفاه به رفاه اجتماعی منجر خواهد شد. (Posner, 2003:15- Miceli, 2004:1)

۲- تضمینات ناظر به بعد از اجرای قرارداد

اصولاً در قراردادهایی که حاوی تحویل پروژه و یا تحویل کالا است این سؤال به وجود می‌آید چه تضمیناتی در خصوص صحت عملکرد متعهد وجود دارد؟ به همین منظور برای آن که متعهد بتواند از انجام عملیات اجرایی پس از اتمام قرارداد اطمینان حاصل نماید اقدام به اخذ برخی از تضمینات لازم می‌پردازد که این مهم شامل گارانتی (۱-۲) و وارانته (۲-۲) است.

۲-۱- گارانتی

نکته مهمی که در خصوص این تضمین قراردادی وجود دارد آن است که مفهوم این نهاد حقوقی به درستی مورد بازشناسایی قرار گرفته تا در زمان درج آن در قرارداد دقت‌های لازم صورت گیرد؛ چراکه در غیر این صورت با افزایش احتمال تفاسیر متعدد، هزینه قراردادی افزایش می‌یابد؛ بنابراین در این خصوص نویسندگان تعاریف

موضوع تعهد است ارزش و قدرت اقتصادی موضوع قرارداد است نه عینیت پول و تعیین میزان خسارت بر مبنای شاخص تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی در قالب «خسارت تأخیر تأدیه» حداقل کارکردی که دارد بازگرداندن متعهدله به قبل از انعقاد قرارداد و یا بازسازی حداقل انتظار وی از اجرای تعهد است که به دلیل نوعی بودن معیار در هر قرارداد و عدم توانایی در تأمین ترجیحات متعهدله با معیار شخصی، کارایی لازم را ندارد. به همین دلیل نیز در چنین تعهداتی همواره متعاقبین میل بر تعیین وجه التزام دارند تا بتوانند در صورت نقض تعهد در جایگاهی قرار گیرند که از اجرای تعهد آن وضعیت را پیش بینی می‌نمودند. براین مبنای از منظر نگارنده پذیرش وجه التزام در دیون پولی با صدور رأی وحدت رویه موصوف کارایی نظام ضمانت اجراها را افزایش داده است.

۳-۱- سایر تضمینات

به غیر از موارد مطرح شده، این امکان وجود دارد که متعهدله و یا حتی متعهد، تضمینات دیگری را در کنار سایر تضمینات مطالبه نمایند. به عنوان مثال، متعهدله برای اجرای تعهدات قراردادی تقاضای ضامن و یا وثیقه عینی نماید. با این حال، این تضمینات در عین حالی که همواره مهم و مورد توجه طرفین قرارداد است در برخی موارد اثر دو چندان دارد؛ به عنوان نمونه در فرضی که مجری و یا متعهد قرارداد شرکت تجاری است این نگرانی و دغدغه برای طرف‌های قرارداد وجود دارد که شرکت تجاری در سایه شخصیت حقوقی مستقل از شرکا و مدیران (Kaviani, 2010:12- Paseban, 2015:61) تعهدات قراردادی خود را استیفا نمایند و طرف قرارداد نیز با وجود اخذ تضمیناتی چون عدم اجرای تعهد و یا تأخیر آن،^۱ نتواند به هدف اصلی خود که همانا جبران خسارت وارده است دست پیدا نماید. این موضوع در زمانی جدی مطرح می‌گردد که شرکت‌هایی همچون شرکت سهامی و یا با مسئولیت محدود، شرکا تنها در حدود آورده‌ی خود به شرکت، مسئول تلقی می‌گردند. در نتیجه، با وجود اخذ هرگونه تضمینات قراردادی بیان شده، در صورتی که متعهد (شرکت) از اجرای تعهدات خودداری نماید تنها راه حل موجود درخواست انحلال و ورشکستگی شرکت و روبه رو شدن با فرایند پیچیده و دشوار امر تصفیه شرکت است. همچنین این موضوع، در زمانی دشوارتر می‌گردد که شرکت منحل شده اموال کافی برای تصفیه دیون خود نداشته باشد. به همین علت، برای برون رفت از این اثر نامطلوب، مناسب

۱- البته باید توجه داشت در فرضی که تضمینات موجود به صورت ضمانت نامه بانکی و یا چک تأیید شده از طرف متعهد (شرکت) اخذ شده باشد، چنین نگرانی وجود ندارد؛ اما باید توجه داشت در عمل، کمتر شرکتی حاضر خواهد شد که در خصوص خسارت‌های مربوط به عدم اجرای تعهدات قراردادی؛ اقدام به ارائه چنین ضمانت نامه‌ای نماید.

متعددی از گارانتی ارائه داده‌اند به این صورت که برخی آن را به معنای تعهد جانبی به پاسخگویی برای پرداخت بدهی، مسئولیت، تعهد یا اجرای وظیفه دیگری به منظور اطمینان از مسئولیت گارانتی دهنده دانسته؛ در نتیجه، یک توافق جانبی برای اجرای تعهدات دیگری را گارانتی می‌نامند. (Campbell black, 1968:833)

همچنین برخی آن را یک توافق ثانویه تلقی که در آن شخص گارانتی دهنده مسئول بدهی یا تقصیر دیگری یعنی بدهکار اصلی است؛ بنابراین گارانتی مستلزم ملاحظات و قرارداد مستقل بوده و بایست به صورت کتبی درآید؛ بنابراین باید توجه داشت که یک گارانتی به معنای قرارداد کتبی است که در آن درباره مسئولیت ثانویه در قبال ذی نفع در رابطه با تعهدات اولیه طرف مقابل اطمینان داده می‌شود و این به معنای جبران خسارت نیست. (Chappell et al, 2001:184)

به عبارت دیگر، گارانتی را نباید با تضمین خسارات^۱ اشتباه گرفت و آن را یکی فرض کرد. چراکه تضمین خسارت قراردادی است که بر مبنای آن شخص «الف» با شخص «ب» توافق می‌نماید که اگر در آینده او مدیون شخص «ب» بشود؛ شخص ثالث «ج» خسارت‌های شخص «ب» را پرداخت نماید؛ اما باید توجه داشت که در توافق اخیر، رجوع «ب» به «الف» منوط به رجوع و احراز تخلف شخص «ج» از پرداخت خسارت نمی‌باشد و شخص «ب» در هر حال، با وجود عدم اجرای تعهد از ناحیه شخص «الف» حق رجوع به نامبرده را دارد. در حالی که در گارانتی، گارانتی‌گیرنده در صورتی حق رجوع به گارانتی دهنده را دارد که ابتداً برای جبران خسارت‌های وارده به شخص ثالث یا ضامن رجوع نموده و در صورت عدم پرداخت خسارت‌های وارده، حق رجوع به طرف مقابل خود را دارد. (Winston, 2006: 270)

به عبارت بهتر، توافق نخست شبیه ضمان تضامنی بوده در حالی که توافق دوم یا گارانتی مشابه ضمان وثیقه‌ای است. همچنین حقوقدانان خارجی تعریفی که از گارانتی ارائه نموده‌اند منطبق با مفهوم لغتی کلمه مزبور است؛ به این صورت که گارانتی به قراردادهایی اطلاق می‌شود که به موجب آن شخص ضامن، متعهد می‌شود که چنانچه متعهد اصلی (مضمون عنه) از انجام تعهدات خود امتناع نماید یا خسارتی به متعهد اصلی وارد آید ضامن به همراه مضمون عنه در مقابل مضمون له مسئول تعهدات و خسارت مضمون عنه باشد.

(Andrews et al, 2011: 3) همین مفهوم در تجارت بین الملل نیز در قالب ضمانت نامه‌های بانکی یا قراردادهای تضمینی^۲ کاربرد دارد (Shiravi, 2013:267)

با وجود این موضوع، گارانتی در حوزه حقوق مصرف‌کننده مفهوم دیگری داشته که از تعریف فوق متمایز می‌گردد زیرا همان‌گونه که ملاحظه گردید گارانتی در لغت و اصطلاح حقوقی شبیه به عقد

ضمانت بوده و به موجب آن شخص ثالثی تعهدات مضمون عنه خود را ضمانت می‌نماید اما به موجب تعریفی که از گارانتی در حقوق مصرف‌کننده مطرح است و بر اساس تعاریف ارائه شده؛ گارانتی عبارت است از توافقی اعم از شرط ضمن عقد یا مستقل از عقد اصلی که به موجب آن شخصی به نام گارانتی دهنده (که معمولاً سازنده کالا) در برابر شخص دیگری به نام گارانتی گیرنده متعهد می‌گردد چنانچه کالا و خدمات مورد معامله در مدت زمانی مشخص یا مادام العمر دچار عیب، ایراد یا نقصی گردد آن را اصلاح یا تعمیر نماید یا چنانچه دارای عیب اساسی باشد آن را با کالایی مشابه تعویض نماید. (Mohammadi et al, 2013:215)

مشابه تعریف ارائه شده در ماده نخست قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مصوب سال ۱۳۸۸ وجود دارد.^۳ همچنین برخی از حقوقدانان، گارانتی را در مفهوم عام حقوقی، تضمین اجرای به موقع یک قرارداد یا تعهد دانسته و در اصطلاح حقوقی، گارانتی را بر حسب کاربردهای گوناگون دارای مفاهیم متعدد دانسته‌اند. به این صورت که در حوزه تولید و عرضه کالا، گارانتی ضمانت و تعهد تولیدکننده یا عرضه‌کننده کالا یا خدمات است مبنی بر این که کالا یا خدمات عرضه شده، توصیفات اظهار شده را دارد و کیفیت و کارایی آن در مدت معین تضمین می‌شود. (Abdipourfard, 2013:72)

بنابراین مطابق تعاریف لغوی و اصطلاحی و با توجه به قوانین و آیین نامه‌های داخلی می‌توان عنوان داشت که تعهدی کتبی است که بر مبنای آن فروشنده و یا عرضه‌کننده کالا تعهد می‌نماید که اگر کالا و یا خدمات عرضه شده پس از فروش، دچار عیب و یا نقصی شود، طرف مقابل این حق را دارد که بر اساس سند کتبی ارائه شده، جهت تعمیر و یا تعویض کالا به طرف مورد نظر (تولید کننده و عرضه‌کننده) مراجعه نماید. این تعهد در حقیقت، خدمات مشخصی است که برای تضمین کارکرد کالا داده می‌شود.

چنین ضمانت اجرایی در فرضی که مورد تعهد، عرضه کالا به مصرف‌کننده است ضمانت اجرای کارآمدی است چرا که انسان اقتصادی برای رسیدن به اهداف خود به صورت سنجیده و حساب شده تلاش می‌کند و در پی آن است که برای رسیدن به هدف خویش

۳- ماده ۱-۳: «ضمانتنامه کالا یا خدمات: سندی است که تولیدکننده، واردکننده، عرضه‌کننده یا تعمیرکننده هر دستگاه فنی به خریدار یا سفارش دهنده کالا و خدمات می‌دهد تا چنانچه ظرف مدت معین عیب یا نقص فنی در کالای فروخته شده یا خدماتی که انجام گردیده مشاهده شود، نسبت به رفع عیب، یا تعویض قطعه یا قطعات معیوب و یا دستگاه بدون اخذ وجه و یا پرداخت خسارات وارده اقدام کند.» و در همین راستا بند ۲ آیین نامه اجرایی حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۹۵ ضمانت نامه را سندی می‌داند که به زبان فارسی و در برگیرنده مسئولیت دوره ضمانت و تعهد خدمات عرضه‌کننده و استفاده مطلوب از خودرو که توسط عرضه‌کننده به همراه خودرو، تحویل مصرف‌کننده می‌شود.

(Soyer, 2001: 3) با این حال وارانتهی در لغت، تعهدی است همراه با تاییداتی در خصوص موضوع قرارداد که ممکن است ناظر به زمان قرارداد و یا بعد آن باشد. (Halsbury's Laws of England, 2012, Vol 91 at 64.)

مطابق تعاریف مطرح شده، وارانتهی تعهدی صریح یا ضمنی است که امور مهمی از قبیل مالکیت موضوع معامله، کیفیت و سودمندی آن را تضمین می‌کند، بنابراین تضمین قرارداد در معنای عام و کلی، خود تعهدی است که ارائه دهنده خدمات یا فروشنده در مقابل محصول یا خدماتی که ارائه می‌دهد متعهد می‌شود در صورت نقض ادعای خود، حاضر به تعمیر یا تعویض کالا یا پرداخت مبلغی خسارت خواهد شد. در نتیجه، نقض عهد نیز زمانی اتفاق خواهد افتاد که این تعهد به نحوی اجرا نشود یعنی کالا نقصی داشته یا مطابق میل یا انتظار مشتری نباشد؛ بنابراین وارانتهی به عنوان یک ابزار بیمه‌ای در جهت جبران ریسک‌هایی که خریداران با آن مواجه هستند تلقی می‌گردد (Jonahing et al, 2011: 76) تا آن جا که امروزه وارانتهی و شروط مرتبط با آن به عنوان یکی از مهم‌ترین شروط و تعهدات، در قراردادهای بین المللی تبدیل شده است؛ (Bade, 2015: 104) همچنین باید اذعان نمود که حقوق آمریکا در این زمینه از جمله نظام‌های حقوقی است که به تفصیل در خصوص وارانتهی اقدام به قانون‌گذاری نموده است و در این خصوص دو قانون عام و خاص مشاهده می‌گردد؛ نخست قانون متحد الشکل^۷ مصوب ۱۹۶۴ و دومین قانون به صورت اختصاصی، قانون مگنسون-ماس^۸ مصوب ۱۹۷۵ است که این مقرر نیز در ایالات مختلف آمریکا لازم الاجرا می‌باشد.^{۱۰}

از منظر اقتصادی نیز وارانتهی چون گارانتی ضمانت اجرای کارآمدی است؛ زیرا در رویکرد تحلیل اقتصادی یکی از ویژگی‌های ضمانت اجرا «کامل بودن» است به طوری که متعهدله با توسل به آن خشنود گردد و ضرری را که از نقض عهد به او وارد شده را بازباید و متعهد نیز با ارزیابی میزان هزینه‌ای که در صورت نقض تعهد با آن مواجه است انگیزه نقض تعهد را در روابط قراردادی خود پیدا نکند. در حقیقت همان گونه که برخی بیان داشته: «مسئولیت مدنی در ابتدا برای برقراری صلح از طریق فراهم کردن روش حقوقی برای خاموش کردن عطش انتقام» به وجود آمده است. (Badini, 2012: 355) و همین امر است که فارغ از بحث جبرانی، وارانتهی را در زمره اسباب بازدارنده نقض عهد قرار می‌دهد و با ایجاد مسئولیت برای متعهد حتی

موثرترین ابزار را به کار گیرد. بر این اساس در دیدگاه مذکور، علاوه بر آن که لازم است ابزار رسیدن به هدف عقلانی باشد انتخاب آن نیز با توجه به هدف مذکور، عقلانی و حساب شده باشد. (1995, p. 26). در این چارچوب، هیچ شخصی بهتر از خود فرد نمی‌تواند نفع خویش و بهترین وسیله برای رسیدن به هدف و مطلوب خود را در نظر آورد. (Ezzati, 2014: 47) موضوعی که در ادبیات اقتصادی به خود محوری^۱ شهرت دارد و شخص را داور نهایی رفتار خود می‌داند. به همین منظور، گارانتی از آنجا که در لحظه انعقاد قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد و متعهد له با توجه به احتمالات و شیوه‌های متعدد نقض می‌تواند حدود و میزان آن را تعیین کند کارایی بیشتری دارد.

از منظر دیگر نیز گارانتی را می‌توان ضمانت اجرای کارآمدی دانست؛ چرا که از منظر اقتصاد رفتاری انسان «تحریک پذیر» است و عوامل متعدد محیطی می‌تواند در شکل گیری رفتار او دخیل باشد (Rahimi Boroujerdi, 2013: 72). اقتصاد رفتاری که بر اساس تئوری رفتار گرایی^۲ از اوایل قرن بیستم وارد تئوری‌های اقتصادی گردیده و توسط دانشمندانی چون آرتوینلی^۳، هارولد لاسول^۴، رابرت دال^۵ و آندره شلیفر^۶ گسترش پیدا کرده معتقد است که انسان رفتاری قانونمند و پیچیده دارد و به شدت تحت تاثیر محیط قرار دارد. (Ibid: 244) بر همین اساس او با پیش فرض‌هایی که در ذهن دارد عمل می‌کند؛ بنابراین می‌توان با تمهید مقدمات و تذکراتی رفتار او را اصلاح کرد (Taylor, 2017: 23) بر این اساس، ضمانت اجراها اگر معقوله پایه ریزی شوند باید خصلت بازدارندگی را با توجه به «تحریک پذیری» اشخاص که مبتنی بر اقتصاد رفتاری است در خود جای دهند. گارانتی نیز از آنجا که رابطه تولیدکننده یا عرضه کننده را پس از عقد با مصرف کننده قطع نمی‌کند و همواره او را مسئول عیوب و نواقص کالای تولیدی می‌داند و تا زمان حصول نفع نهایی از ترجیحات قراردادی مراقبت می‌نماید، انگیزه تولید کالای سالم و بهینه را در او افزایش داده؛ چرا که در غیر این صورت هزینه‌های معاملاتی وی افزایش می‌یابد.

۱-۲-۲- وارانتهی

مفهوم وارانتهی در ادبیات حقوقی ایران نه تنها موضوعی ناشناخته و مبهم است بلکه به عقیده برخی از نویسندگان حقوق خارجی، وارانتهی یکی از مریض‌ترین اصطلاحات حقوقی تلقی می‌گردد

7- The term 'warranty' has been described as 'one of the the most ill used expressions in the legal dictionary »

8- Uniform Commercial Code

9- Magnuson-Moss Warranty

۱۰ - همچنین برای ملاحظه مفهوم و ارکان وارانتهی در حقوق قراردادهای ر.ک

(Mohaqeqdamad et al, 2017 :733)

1 - Egocentrism.

2- Behavioralism.

3 -Arthurf.Bently (1870-1957).

4- Harold lasswell(1902-1978).

5 - Robert A.Dahl(1915-2014).

6 - Andrei shleifer (1961).

پس از انعقاد و اجرای عقد او را به سمت اطلاع رسانی بهینه و کامل و ایجاد محیط قراردادی امن سوق می‌دهد و در نهایت به رفاه اجتماعی منجر می‌شود. وارانته با القای این اندیشه که قرارداد صرفاً یک عمل حقوقی نیست که در یک لحظه منعقد و در یک بازه زمانی اجرا گردد؛ بلکه واقعیتی است اجتماعی که خالق آن تا زمانی که انگیزه و علت انعقاد قرارداد در روابط متعاقبین جریان دارد به آثار رفتار خود پایبند است می‌تواند عنصر بازدارندگی را به حوزه مسئولیت قراردادی بازگردانده و با جلوگیری از نقض عهد و یا اعطای بدل تعهد نقض شده اصل کامل جبران خسارت را محقق گرداند.

در این معنا، جبران کنندگی کامل، هنگامی محقق می‌شود که متعهد مجبور باشد به میزانی خسارات وارده به متعهد له را جبران کند که اگر قرارداد را اجرا می‌کرد او در همان وضعیت قرار می‌گرفت. این وضعیت یابی محدود به جبران زیان‌های مالی نیست بلکه روح آزاده و ضربه‌ای هم که به شهرت و حیثیت تجاری متعهد له وارد شده باید توسط نهاد ضمانت اجرا التیام یابد و همین امر نشان می‌دهد که هنوز عقیده لیندن و کاهش حس انتقام در کالبد ضمانت اجرا باید متبلور باشد و یکی از طرقی که این مهم را محقق می‌کند متعهد ساختن متعهد در دایره وارانته است

. این قاعده که در حقوق رم با عبارت^۱

344) *lucrum cessans Domnum emergens*, (Shaareyan et al, 2014: مشهور گشته، ترجمان مفهوم خسارت انتظاری است که با برآورده ساختن انتظارات معقول متعهدله و تعیین خسارت تا میزانی که او را در موقعیت مشابهی که اگر قرارداد انجام می‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت، در رفتار متعهد ایجاد نوعی بازدارندگی می‌نماید. اما ویژگی دومی که ضمانت اجراها باید داشته باشند تا توان بازدارندگی در آن‌ها متبلور گردد «مراقبت» از تعهد تا مرحله اجرای قرارداد است به این معنا که در تعهدات قراردادی همواره این احتمال وجود دارد که متعهد با خود خواهی و در نظر گرفتن نفع خویش در مسیر مخاطره اخلاقی^۲ قرار گیرد و به سوی نقض تعهد متمایل شود؛ حال اگر ضمانت اجراها بگونه‌ای طراحی شوند که نتوانند از قرارداد در برابر کژمنشی متعهد مراقبت نمایند نمی‌توانند بازدارنده رفتار فرصت طلبانه متعهد باشند؛ بنابراین توضیحات وارانته نهادی است که چنین قابلیت کارایی را برای نظام اقتصادی به ارمغان می‌آورد.

۱-۲- ارزیابی تضمینات راجع به زمان اجرای قرارداد

همان‌گونه که سابقاً بیان شد تضمینات مختلفی ممکن است در خصوص اجرای تعهدات وجود داشته و وجود هر یک از این موارد وابسته به قدرت چانه زنی طرفین و همچنین با توجه به توانایی حقوقی هر یک از آن‌ها در اندراج شروط مربوط است؛ اما مسئله‌ای که

در این قسمت باید بررسی شود آن است که آیا جمع میان تضمینات مزبور در قرارداد وجود دارد؟ در پاسخ به پرسش مطرح شده باید عنوان نمود که اصولاً از حیث حقوقی این موضوع، با مانعی مواجه نیست به این معنا در یک قرارداد ممکن است شرط تضمین عدم اجرای تعهد به همراه تأخیر تعهد امکان‌پذیر بوده اما همان‌گونه که سابقاً عنوان شد، جمع میان تضمین مربوط به عدم اجرا و حسن انجام تعهد امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ اما پرسش دیگری در این زمینه قابل طرح است و آن این که آیا با وجود تضمینات مذکور امکان الزام به اجرای تعهد قراردادی وجود دارد؟ پاسخ این سؤال در خصوص تضمینات مربوط به تأخیر اجرای تعهد و حسن انجام تعهدات چندان دشوار نیست و چنین امکانی وجود دارد؛ اما موضوع درخصوص تضمینات مربوط به عدم اجرای تعهدات کمی دشوار می‌گردد؛ زیرا به عقیده برخی حقوقدانان، وجود تضمین مربوط به عدم اجرای تعهد بدل از اجرای تعهد اصلی است (Katouzian, 2007: 215) با این حال، به نظر گروهی دیگر، در این حالت میان دو فرض قائل به تفکیک بود؛ به این صورت که اگر تعهد قراردادی به صورت وحدت مطلوب باشد امکان مطالبه وجه التزام قراردادی امکان‌پذیر نیست، اما در مواردی که تعهد قراردادی به صورت تعدد مطلوب است امکان مطالبه اجرای تعهد علاوه بر اخذ وجه التزام عدم اجرای تعهد وجود دارد.

(Mohagheq Damad 2013: 490) و در نهایت، دسته‌ی دیگر معیار پذیرش یا عدم قبول چنین موضوعی را منوط به احراز قصد اصلی طرفین نموده‌اند؛ با این توضیح که اگر قصد طرفین به این مطلب اختصاص پیدا کرده که امکان وجه التزام و اجرای اصل تعهد قراردادی، امکان‌پذیر باشد؛ در صحت چنین موضوعی نباید تردید کرد؛ در غیر این صورت امکان چنین امری میسر نخواهد بود. (Hossein Abadi, 2002: 59) بنابراین بهترین راه حل آن است که در قرارداد تأکید گردد که وجود هر یک از تضمینات قراردادی، همراه اجرای تعهد اصلی قابل مطالبه است. از منظر تحلیل اقتصادی نیز به چند دلیل، جمع بین ضمانت اجراها و اجرای تعهد اصلی کارایی بیشتری دارد تا آنکه معتقد باشیم در صورت نقض عهد صرفاً جبران خسارت است که در کانون توجه قرار می‌گیرد و مطالبه اجرای عین تعهد دیگر جایگاهی نخواهد داشت. دلیل نخست همان‌گونه که سابقاً بیان شد از این جهت افراد هنگامی که وارد یک رابطه قراردادی می‌شوند آن را با ابزار ضمانت اجرا هدفمند می‌سازند و اگر اعتمادی به این رابطه دارند به جهت آن است که می‌دانند «ضمانت اجراها» تأمین امنیت قراردادی آن‌ها را به عهده دارند. (Ditmarfen, 2017: 62) از همین رو معین بودن ضمانت اجراها نخستین اصل زیر بنایی این نهاد حقوقی است. دلیل دوم که جمع بین ضمانت اجراها را کارآمد می‌سازد نیت‌مندی یا انگیزه‌گرایی^۳ است و

1- Expectation interest.

2- Moral hazard.

3- Intentionality.

به عنوان یکی از مؤلفه های عقلانیت ابزاری براین محور می چرخد که عامل اقتصادی با نیت قبلی و از روی قصد رفتار می کند؛ بنابراین برای هر آنچه که بر می گزیند دلایلی دارد که علت انتخابهای او را می سازد و وقتی فرد بر این مبنا تصمیم می گیرد نتیجه مورد نظر خویش را بهترین ترجیح رفتار خویش می داند. براین مبنا هنگامی که متعهد وضعیت خود در مرحله نقض تعهد را به دلیل الزام خود به انجام عین تعهد و همچنین جبران خسارت ناشی از نقض عهد پرهزینه تر از اجرای اختیاری عین تعهد ببیند سودای نقض عهد را از ذهن خواهد زدود. سومین دلیل نیز کاهش هزینه معاملاتی^۱ از طریق به رسمیت شناختن اراده اشخاص در ترسیم وضعیت انتظاری ناشی از اجرای تعهد یا رسیدن به آن از مسیر الزام به اجرای عین تعهد و اخذ خسارت است. در اختیار نهادن ابزار الزام متعهد به اجرای عین تعهد و به رسمیت شناختن طرق ارادی جبران خسارت ناشی از نقض عهد محصولی است که صرفاً از یک هزینه مصروف در به رسمیت شناختن اراده در مرحله انعقاد قرارداد به وجود آمده است. قاعده کمترین هزینه^۲ یکی از قواعد مسلم اقتصاد خرد است (Samuelsson, 2008:259) با این حال، در علم اقتصاد «هزینه»^۳ مفهومی گسترده دارد و صرفاً محدود در معنای هزینه های پولی نیست و هزینه های غیرپولی چون وقت، انرژی، احساس عدم اطمینان و ... را نیز در بر می گیرد؛ بنابراین هرچه میزان ابزار متعهدله در مسیر نیل به وضعیت اجرای قرارداد یا بازسازی آن وضعیت در مرحله نقض تعهد بیشتر باشد علاوه بر کاهش هزینه های اقتصادی با افزایش امنیت قراردادی و تأمین حس اطمینان، هزینه های غیر پولی نیز کاهش پیدا می کند. (Libert, 2005:12)

۲-۲- ارزیابی تضمینات راجع به پس از اجرای قرارداد

در خصوص تضمینات مربوط به بعد از اجرای تعهد، باید توجه داشت که مفهوم دقیق گارانتی در قرارداد مشخص گردد؛ چراکه گارانتی در حوزه تجارت بین الملل اصولاً در معنای ضمانت شخص ثالث کاربرد دارد و از حیث مفهومی با ضمانت تضامنی و یا وثیقه ای شبیه می گردد اما در حقوق داخلی برخی از کشورها و همچنین مطابق بند دوم ماده ۳۶ کنوانسیون بیع وین^۴ و با توجه به قانون حمایت مصرف کننده مصوب سال ۱۳۸۶ مراد از گارانتی همانا ضمانت کارکرد

1- transaction cost

2- The rule of least cost.

3 - Cost.

۴- «بایع همچنین مسئول هر نوع عدم انطباقی است که پس از زمان مذکور، در بند پیشین حاصل شود و ناشی از نقض هر یک از تعهدات وی باشد، از جمله نقض هر نوع ضمانت بایع دایر بر این که کالا تا مدتی جهت استفاده برای مقاصد عادی و یا برای مقاصد خاص مناسب خواهد بود، و یا خصایص یا اوصافی معینی را حفظ خواهد کرد.» ک (Saffaee et al, 2010:323)

کالا و یا خدمات پس از اجرای تعهدات اصلی است که در این مفهوم، گارانتی با اصطلاح واراتی حقوقی بسیار شبیه می گردد؛ بنابراین سوالی که وجود دارد آن است که چه تفاوتی میان این دو دسته از تضمینات وجود دارد؟ در این رابطه ملاحظه می گردد میان گارانتی و تعهد ناظر به واراتی با این که مشابهت های زیادی از حیث مفهومی می تواند وجود داشته باشد اما از حیث شکل توافق، ماهیت، موضوع، اطراف تعهد و ضمانت اجرای آن تفاوت وجود دارد. نخست آن که گارانتی الزاماً باید به صورت صریح و کتبی ایجاد شود؛ در حالی که واراتی در بیشتر مواقع ممکن است شفاهی و حتی به صورت ضمنی باشد. این شرط علاوه بر تعاریف ارائه شده از گارانتی در قوانین برخی از کشورها از جمله در حقوق ایران مطابق بند سوم ماده نخست «قانون حمایت از حقوق مصرف کننده کالا» و یا مطابق بند دوم ماده ۸ «قانون شروطقراردادی غیرمنصفانه»^۵ مصوب ۱۹۷۷ انگلیس مقرر نموده «هر نوشته کتبی گارانتی محسوب می گردد.»^۶ دوم این که واراتی از حیث ماهیت، نفس تعهد است درحالی که گارانتی به معنای وثیقه و گروی تعهد تلقی می گردد (Sadeghi et al, 2010:98) و سوم آن که موضوع گارانتی لزوماً به اوصاف و کارکرد مبیع باز می گردد؛ درحالی که واراتی ممکن است علاوه براین موضوع، ناظر به تضمین مالکیت کالا نیز باشد و تفاوت چهارم، اطراف تعهد در گارانتی در برخی موارد، سه نفر بوده، حال آن که در واراتی همواره دو طرف قرارداد دخیل هستند و در آخر ضمانت اجرای نقض گارانتی، عموماً تعویض و یا تعمیر کالای مورد نظر است (Mohammadi et al, 2012:222) اما در واراتی ضمانت اجرای موجود، اصولاً جبران خسارات وارده و حتی در برخی موارد فسخ قرارداد موجود است و در نهایت، تفاوت عمده دیگری که میان واراتی و گارانتی وجود دارد آن است که گارانتی همواره تضمین ناظر به بعد از اجرای قرارداد است؛ درحالی که واراتی نه تنها از چنین ویژگی برخوردار است؛ بلکه مطابق تعاریف ارائه شده چنین تعهدی می تواند به عنوان یکی از تضمینات مؤثر در زمان قرارداد نیز تلقی شود؛ با این توضیح که فروشنده تعهد و تضمین می نماید برخی از ویژگی های مربوط به مبیع در زمان قرارداد وجود دارد.

همچنین امکان جمع میان تعهد مربوط به گارانتی و واراتی وجود دارد زیرا این موضوع در مواردی که گارانتی در معنای ضمانت شخص ثالث محسوب شود، مشکل چندانی ایجاد نخواهد کرد؛ اما در مواقعی که گارانتی در مفهوم تضمین کارکرد مبیع باشد با تعهد به تضمین (وارانتی) در برخی موارد یکسان تلقی می گردد که در این صورت نیز هیچ اشکال حقوقی وجود ندارد که فروشنده از دو حیث، کارکرد مبیع را تضمین نماید. به عبارت بهتر ممکن است فروشنده به

5- Unfair contract terms act1977.

6- (b) anything in writing is a guarantee.

صور کتبی کارکرد مبیع را تضمین نماید و همچنین تضمین مذکور در مواردی نیز به صورت وارانتی نمایان گردد و فایده چنین موضوعی در مواقعی است که خریدار به دلایلی از گارانتی اعطایی محروم شود که در این وضعیت وارانتی می‌تواند بسیار راه گشا باشد.

نتیجه

با بررسی صورت گرفته مشخص شد که تضمینات قانونی و قراردادی مختلفی در خصوص اجرای تعهدات قراردادی وجود دارد که در برخی موارد این امکان وجود دارد که تضمینات قانونی از کارایی لازم بر خوردار نباشد. در این وضعیت تضمینات قراردادی در بسیاری از موارد می‌تواند متعهدله را در اجرای تعهد قراردادی یاری نماید. در این مورد، برخی تضمینات قراردادی ناظر به زمان اجرای تعهد و پاره-ای از موارد به زمان کارکرد مبیع و یا خدمات ارائه شده اختصاص دارد. باید توجه داشت که اصولاً جمع میان تضمینات قراردادی زمان اجرای تعهد وجود دارد با این توضیح که تضمین عدم اجرای تعهد نه تنها در برخی موارد، می‌تواند به همراه مطالبه تعهد اصلی همراه بوده؛ بلکه از حیث حقوقی چنین تعهدی قابل جمع با تضمین مربوط به تأخیر اجرای تعهد و سایر تضمینات قراردادی دیگر است؛ اما عنوان شد که تضمین مزبور قابلیت جمع همزمان با تضمین حسن انجام تعهدات را ندارد. همچنین با توجه به تعاریف ارائه شده از تضمین مربوط به گارانتی و وارانتی به نظر می‌رسد تعهد مربوط به وارانتی (تعهد به تضمین) از حیث مفهومی، وسیع تر و جامع تر از تعهد مربوط

به گارانتی باشد. چراکه تعهد به تضمین اولاً شامل مالکیت مبیع و همچنین کیفیت و کارکرد آن است؛ درحالی که گارانتی اصولاً به معنای ضمان وثیقه‌ای و در برخی موارد به معنای تضمین کارکرد مبیع است. همچنین عنوان شد که جمع این دو تضمین مزبور نیز اصولاً با مانع حقوقی مواجه نبوده و در بسیاری از موارد نیز می‌تواند راهگشا باشد.

همچنین از منظر تحلیل اقتصادی دانستیم قراردادهای گرچه مخلوق اراده طرفین است اما پس از ایجاد به عنوان یک ابزار اقتصادی تنظیم کننده بازار است و امنیت اقتصادی یک نظام اقتصادی به اجرای آن‌ها بستگی دارد؛ بنابراین ضمانت اجراها را باید فنی ترین بخش از حقوق قراردادهای دانست و هر شخص را بهترین داور تعیین ترجیحات خویش تلقی کرد که در انعقاد هر قرارداد به دنبال کسب سود ناشی از اجرای تعهد است. براین اساس از آنجاکه در وضعیت کمیابی احتمال نقض در هر تعهد وجود دارد، بازی قراردادی ایجاد می‌نماید که راهکارهایی چون وارانتی و گارانتی در معاملات کالا با افزایش هزینه ناشی از اجرای معیوب و یا ناقص قرارداد متعهد را به سمت وفای عهد سوق دهد. همچنین جمع بین الزام متعهد به اجرای عین تعهد و امکان اخذ خسارات ناشی از نقض عهد که با رسمیت شناختن اراده متعهد له در تعیین ضمانت اجرا در دیون پولی و غیر آن امکان ترسیم وضعیت انتظاری وی را فراهم می‌کند، سودای نقض عهد را از ذهن متعهد خارج ساخته و نهایتاً با ایجاد یک وضعیت امن معاملاتی رفاه اجتماعی را تأمین کند.

References

- [1] AbdipourFard, Ebrahim. (2013). Warranty and guarantee of product quality, a comparative study of existing models and optimal solutions, Islamic law, 10th year, number 36, spring.
- [2] Altman, Robert. (2012). Behavioral Economic for Dummies Mississauga, John Wiley and sons publication
- [3] Andrews, Geraldine Mary, Millett, Richard. (2011). *Law of Guarantee*, Sweet & Maxwell, Six Edition, London.
- [4] Andrews, Geraldine Mary, Millett, Richard. (2011). *Law of Guarantee*, Sweet & Maxwell, Six Edition, London.
- [5] Bade, Donna. (2015). *Export/import procedures and Documentation*, published by Division of American management association international.
- [6] Badini, Hassan. (2012). *Philosophy of Civil Responsibility*, Tehran, Anshar Joint Stock Company, second edition.
- [7] Bayern, Shwnj. (2011). False Efficiency and missed opportunities in law and economic, T.U.L law review, no86, pp135-160.
- [8] Block, Mark. (2001). *Methodology of Economics*, translated by Gholamreza Azad, Tehran. Ney publication.
- [9] Broussaeu, E. (2002). *The economics of contract law theory: Theory and application*, Cambridge, Cambridge university press
- [10] Cambell, Harris.D. (2002). *Remedies in contract and Tort*. Cambridge University press
- [11] Campbell black, Henry. (1968) *Black's law Dictionary*, revised 5th Edition by the publisher's editorial staff, west publishing co.
- [12] Chappell David Marshall Derek Vincent Powell-Smith Cavender Simon. (2001). *Building Contract Dictionary*, Third Edition, published by Blackwell Science
- [13] Chappell, David, Marshall, Derek Vincent, Powell -Smith Simon CA vender. (2001) *Building Contract Dictionary*, Third Edition, published by Blackwell Science.
- [14] Dadgar, Yadullah. (2015). *Basic axes in economic systems*, Tehran, Nashrani, first edition
- [15] Ditmarfen, Derfredtn. (2017). *a drama on the philosophy of law*, translated by Mohammad HasanKhoshtan Dar,

- Tehran, NegahMazares Publishing House, first edition
- [16] Ditmarfen, Derfredtn. (2018). a drama on the philosophy of law, translated by Mohammad HasanKhishtandar, Tehran, NegahMasazare publishing house, first edition.
- [17] Elizabeth A. Martin. (2006). *Oxford Dictionary of law*, sixth Edition, Oxford university press, England.
- [18] Esfahani, Mohammad HosseinKompany. (1977). the margin of Kitab al-Makasab, 5 volumes, Anwar al-Hadi, Qom, 1.
- [19] Ezzati, Morteza. (2014), Analysis of Economic Behaviors in Islamic Framework, Tehran, Samit Publications, First Edition.
- [20] *Hals bury's Laws of England* . (2012). 5th ed, Vol 91 at 64.
- [21] Hargrives Heap, shavn p. (2004). Economic Rationality UK ,Edward Elgar publisher
- [22] HosseinAbadi, Amir. (2002). Review of the obligation contained in the contract, theology and law of Razavi University (legal teachings), second year, winter, number 2 (6 consecutive), pp. 47-59.
- [23] Junhong Chu and Pradeep K. Chintagunta. (2011) *An Empirical Test of Warranty Theories in the U.S. Computer Server and Automobile Markets* ,Journal of Marketing, Vol. 75, No. 2 pp. 75-92.
- [24] Katouzian, Nasser. (2007) General rules of contracts, third volume, publishing company, fifth chapter, Tehran.
- [25] Lankarani, Mohammad Fazel, (without data) Jame Al Masael, Volume 1, Amir Qalam Publications, 11th.
- [26] Libert, leo. (2005). punishment and Retribution , England Ash gate publishing company
- [27] Magnuson-Moss Warranty Act 1975.
- [28] MakaremShirazi, Nasser. (2006) IsftatayatJadid, Volume 2, Publications of Imam Ali Bin AbiTalibSchool,second edition.
- [29] Max Young. (2009). *Understanding Contract Law*, published in the Taylor & Francis e-Library.
- [30] Miceli, Thomas.J. (2004). The Economic Approach to Law, Stanford, California,
- [31] MohagheqDamad, Seyyed Mustafa. (2013). General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law, Islamic Sciences Publishing Center, Ch II. Tehran.
- [32] Mohammadi, Pejman and Shenior, Qadir. (2013). Reviewing the Legal Aspects of Guarantee, Journal of Private Law, Volume 10, Number 2, Fall and Winter.
- [33] Mohammadi, Pejman and Shenior, Qadir. (2012). Review of legal aspects of guarantee, private law magazine, volume 10, number 2, autumn and winter. pp. 211-237.
- [34] Mohaqeqdamad, Seyyed Mustafa, Saatchi, Ali. (2017). The Conceptual Dimensions of Warranty in Contract Law with Comparative Approach, Journal of Comparative Law, Volume 8, Number 2, autumn and winter, Page 733-758.
- [35] Morris, S. Charles, ONR, Philipppis. (2013). Economic analysis, theory and application, vol. 1, translated by Dr. Ahmad Kamijani and Hassan Sobhani, Tehran, Tehran University Publications, 16th edition
- [36] Parisi, Francesco. (2004)"*The Harmonization of Legal Warranties in European Law: An Economic Analysis*," American Journal of Comparative Law, 52 (Spring).
- [37] Pester ,William C. (1966). *The Contractual Aspect of Consumer Protection: Recent Developments in the Law of Sales Warranties*, Michigan Law Review, Vol. 64, No. 7, Published by: The Michigan Law Review Association.
- [38] Pezhoyan, Jamshid and MousaviJahrami, Farhad. (2004). Generalities of Economics. Tehran, Payam Noor University Publications, second edition.
- [39] planting , Alvin. (1993).warant The current Debate , Oxford University Press.
- [40] Posner, Richard.A. (2003). Economic Analysis to Law, New York, Aspen public shers
- [41] RahimiBoroujerdi, Alireza. (2013). Ethical Economy, Tehran, Noor Alam Publications, first edition.
- [42] Sadeghi, Mahmoud, Mirqasem, Jaafarzadeh, Mohammad, AhsaniAfrooz. (2010). Obligations and requirements of the parties in the technology transfer contract and its adaptation to Iranian law, common law and some other legal systems, comparative law research, 5th term, Number 3.
- [43] Safaei, SeyedHossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza, Mirzanjad, Akbar. (2010). International Sales Law, 3rd edition, Tehran University Press, Tehran
- [44] Safai, Seyyed Hossein. (2006). general rules of contracts, Mizan Publications, 4th edition
- [45] Samuelsson, Paul. (2008). Fundamentals of Economics, translated by Morteza Mohammad Khani, Tehran, Scientific and Cultural Publishing Company.
- [46] Shaareyan, Ebrahim, and Torabi, Ebrahim. (2014). The Principles of European Contract Law and Iranian Law, Tehran, Forozesh Publications, second edition.
- [47] Shiravi, Abdul Hossein. (2012). International Trade Laws, Semat Publications, the fifth edition, Tehran,
- [48] Soyer, Baris. (2001). *warranties in marine insurance*, Cavendish Publishing Limited, First edition London • Sydney.
- [49] Stenmark, Mikael. (1995). Rationality in science, Religion and Everyday life , university of Notre dame press.
- [50] Stiven, Shovell. (2004). Foundation of Economic Analysis of law, Harvard university press
- [51] Stone, Richard. (2008). *The Modern Law of Contract*, Rutledge-Cavendish, Seventh Edition, USA.
- [52] Taylor, Richard, Warsantisen, Kas. (2017). Saqlameh, translated by Mehdi Sarabadi, Tehran, Hormazd

Publications, first edition.

- [53] Unfair contract terms act 1977.
- [54] Uniform Commercial Code 1964.
- [55] VahdatiShobiri, Seyyed Hassan. (2006). Basics of Contractual Civil Liability (Comparative Study in Law and Jurisprudence), Qom, Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 1st edition
- [56] Winston, Elizabeth I. (2006). Why Sell What You Can License Contracting around Statutory Protection of Intellectual Property, 14 Geo. Mason L. Rev. 93 University of Washington Law Library